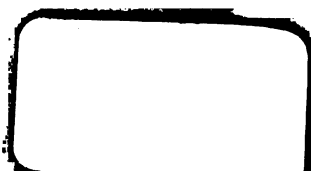
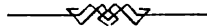
SOLAZZI SIRO

ANCORA DEL DIRITTO DEI CREDITORI SEPARATISTI SUL PATRIMONIO DELL' EREDE

Estratto dal *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*
Anno XIII (1900) – Fasc. II-VI

ROMA
L. PASQUALUCCI – EDITORE

1901

SOLAZZI, SIRO

ANCORA

DEL

DIRITTO DEI CREDITORI SEPARATISTI

SUL PATRIMONIO DELL' EREDE

ROMA
L. PASQUALUCCI - EDITORE
—
1901

ANCORA DEL DIRITTO DEI CREDITORI SEPARATISTI

SUL PATRIMONIO DELL' EREDE

Su questo tema io ho pubblicato un altro articolo in questo stesso periodico [1]. L'opinione da me ivi sostenuta è stata da diverse parti oppugnata. Ma poichè, malgrado la dottrina e l'acume delle osservazioni contenute nel recente scritto del Ferrini [2], io continuo a crederla giusta, mi permetto di tornare sull'argomento per difendere, se è possibile, le ragioni della mia convinzione, contro le obbiezioni avversarie.

Qualcuno [3] mi ha rimproverato di non aver fatto tesoro dell'appunto, mosso a lui dal Ferrini, di aver trascurato la parte processuale dell' istituto in esame. Donde deriverebbe che dal mio articolo non si desuma il modo con cui io concepisco l'attuazione pratica della *facultas separandi* da parte dei creditori; mentre invece se avessi colmato tale lacuna, io sarei stato costretto a mutare qualche linea della figura dommatica da me data all'istituto.

Mi duole di dover disingannare il mio contradittore. A me pareva e pare che se anche sotto il riguardo della procedura il lavoro del Baviera era stato già censurato da critico ben altrimenti autorevole, io potessi per conto mio pigliar atto della censura, e non mi corresse affatto l'obbligo di ribadirla co' miei modesti ragionamenti. Nè del resto lo studio da me omesso m'avrebbe indotto in opinione diversa. Le poche osservazioni che qui soggiungo faranno palese al lettore intelligente come la procedura della *separatio* romana non sia quella immaginata dal Baviera, e a me forniranno nuovi argomenti a pro' della mia tesi.

[1] Anno XI, pag. 248 segg.

[2] *Bullettino*, anno XIII, pag. 32 segg.

[3] Baviera, *Il commodum separationis*, 1901, pag. 96.

✠

Crede il Baviera che, se io avessi pensato che il procedimento della *bonorum venditio* quale alienazione in blocco del patrimonio del debitore finisce con Diocleziano, sostituito dall'altro della *distractio bonorum*, non avrei forse respinto senz'altro la sua idea che il *commodum separationis* potesse dai Romani concepirsi ed esplicarsi come un diritto di preferenza, un *privilegium exigendi.* Orbene non occorrerà una lunga indagine per persuadersi che il mutamento della procedura esecutiva non ebbe ad alterare affatto lo stato delle cose nei rapporti del nostro istituto.

Momentaneamente io supporrò che, come piace di dire all'autore citato, il *commodum separationis* si esplichi con un *privilegium exigendi* accordato ai creditori del defunto in confronto dei creditori dell'erede. La procedura della *venditio bonorum* fa sì che i *bona*, su cui è avvenuta la *missio* dei creditori, siano venduti in blocco con unico contratto al migliore offerente. Ora, se il patrimonio proprio dell'erede si vendesse indistintamente dal patrimonio ereditario, non sarebbe possibile un *privilegium exigendi* nè sull'uno nè sull'altro.

Secondo l'autore del « commodum separationis » [1]) si sarebbe avuta questa procedura: i creditori si presentavano al *curator bonorum* e in base al decreto del pretore gli facevano compilare un inventario a parte dei beni del defunto sui quali si doveva esplicare il loro diritto di preferenza nel soddisfacimento; nella *lex venditionis*, che il *magister* avrebbe esposto, figurava il loro *privilegium exigendi.* E pel Baviera pare che tutto finisca qui. Invece per me c'è ancora parecchia strada da fare.

Poichè le fonti classiche ci insegnano che la *venditio* si compieva *pro portione*, io non so immaginarmi altrimenti un'asta in Roma: se il valore dei beni sorpassava l'ammontare dei crediti privilegiati, l'*emptor* offriva di soddisfare questi integralmente e una quota (*portio*) pei crediti non privilegiati; se poi i beni da vendersi non valessero neppur tanto che bastasse a pagare tutti i privilegiati, allora l'*emptor* avrà offerto una quota pei privilegiati, e gli altri creditori

[1]) Pag. 67.

saranno rimasti affatto incapienti. Ora nel caso nostro abbiamo due gruppi di creditori, i quali sono alternativamente privilegiati su due masse di beni; come si sarà condotto l'*emptor*? Poichè il Baviera pretende che si faccia un' unica vendita, l' *emptor*, stimando a parte il valore dei beni rispettivamente descritti nei due inventari, avrà offerto tanto pei creditori del defunto privilegiati sui beni ereditari, tanto pei creditori dell' erede non privilegiati su questi beni, e poi ancora tanto pei creditori dell'erede aventi un *privilegium exigendi* sui beni propri dell'erede, tanto pei creditori ereditari senza privilegio su questa seconda categoria di beni. Ma allora, se per le due masse di beni si offrivano due prezzi distinti (chè altrimenti il preteso privilegio non avrebbe sortito pratica attuazione), si finiva coll'avere in fondo due vendite. E non sarebbe rimasto più che l'inconveniente, tale che salta agli occhi, di far correre la sorte di una stessa asta a due masse di beni, sulle quali gli interessi di coloro a vantaggio dei quali avviene l'asta, sono alternativamente opposti.

Si rende dunque ad ogni modo necessaria una separazione. Anche accettando la teoria del privilegio, fa d'uopo che i patrimoni si[illegible] venduti separatamente, che ciò che si ricava dall'uno sia distinto da ciò che si ricava dall' altro, perchè i creditori possano far valere rispettivamente sull'uno e sull'altro il loro diritto di preferenza. E il nome di *separatio bonorum*, che il nostro istituto porta da secoli, ma che oggi il Baviera vuole ripudiato, risulta invece egregiamente imposto proprio nel riguardo processuale.

Altra questione è poi il vedere se i beni separati del defunto si vendessero sotto il nome di lui, o sotto quello dell'erede. Nulla osta in astratto a credere che sia vera quest'ultima ipotesi, poichè lo scopo della *separatio* sarebbe ugualmente conseguito Sul patrimonio, che è *sostanzialmente* lo stesso di quello che appartenne al defunto, e che *formalmente* si vende sotto il nome dell' erede, saranno soddisfatti con privilegio i creditori del defunto: sul patrimonio proprio dell'erede accadrà l'inverso.

Quale di quelle due vie astrattamente possibili sia stata in concreto tenuta dal diritto classico, può decidere soltanto un esame veramente rigoroso delle fonti. D'un tale esame non s'è però dato carico il Baviera.

Prima d'intraprenderlo, noi osserveremo che vi sono ragioni d'ordine generale le quali fanno pendere la bilancia verso la seconda so-

luzione. Pare infatti che basti ovviare al danno che i creditori ereditari risentono dalla confusione dei patrimoni, e perciò sia sufficiente eliminarne gli effetti in quanto è necessario per quello scopo, ma non oltre, come invece accadrebbe, se il rimedio pretorio avesse per conseguenza di far vendere i beni ereditari sotto il nome del defunto. Chi pensi all'infamia nascente dalla *venditio* deve trovare inopportuno di consentire ai creditori, senza che ciò sia indeclinabilmente richiesto dalla tutela del loro interesse, di recar questo sfregio alla memoria del defunto, che ha avuto la fortuna di avere un erede sotto il cui nome l'eredità può vendersi. Lo spirito del diritto romano che ha favorito l'istituzione del servo erede necessario, anche con pregiudizio dei creditori, ripugna certamente ad un così largo effetto della *separatio*.

Dalle fonti nulla risulta che contrasti a questa conclusione. Giova ricordare anzitutto la l. 1, § 6, D. h. t., per la interpretazione della quale io esposi in altra occasione [1]) delle osservazioni che credo buone. La decisione, secondo che scrissi, dipende dall'applicazione al caso ivi discusso dei principî intorno alla revoca degli atti fraudolenti. L'erede che non fa uso della facoltà accordatagli dal rescritto del divo Pio, diminuisce a danno de' suoi creditori il proprio patrimonio. E poichè la sua omissione è fraudolenta (sebbene non sia espresso nel testo, pure ciò deve esservi sottinteso, giacchè non può ignorare di pregiudicare i suoi creditori chi fu costretto ad adire l'eredità perchè egli stesso la diceva sospetta), i creditori hanno diritto di valersi essi del beneficio imperiale. Nè dee sorprendere che, trattando *de separationibus*, occorresse di esaminar casi che cadono sotto l'istituto della revoca, attesochè i due istituti interessavano del pari la dottrina dell'esecuzione.

Anche nella l. 6, § 1, D. h. t. (Iulianus l. 46 digest.) non è discorso della vera *separatio* spettante ai creditori; il frammento da questo punto di vista sarebbe inesplicabile. Il Baviera [2]) se la cava affermando che qui la *separatio* è concessa in un caso eccezionalissimo. Ed infatti il caso è tanto eccezionale che sostanzialmente ha poco che vedere con la *separatio* di cui ci stiamo occupando. Come potrebbe la *separatio* competere al patrono? Come potrebbe egli otte-

[1]) Cfr. il mio scritto: *Sulla revoca degli atti fraudolenti*, pag. 8.
[2]) Op. cit. pag. 35.

nere che i beni della liberta di cui è l'erede, siano separati dai beni che la liberta ereditò da altri? Non è più vero dunque che la *separatio* compete ai creditori del defunto contro l'erede? E qui invece l'erede è proprio il patrono che si varrebbe della *separatio*.

Bensì ha il patrono diritto d'impedire che dagli atti fraudolenti del liberto siano lese le sue ragioni ereditarie; ma Giuliano non dice che l'adizione della liberta fosse dolosa [1]).

Può anche il patrono, come successore della liberta, ottenere contro l'adizione da lei compiuta la *restitutio in integrum* che spettava alla liberta stessa per la sua minore età (l. 1, D. 4, 1). Il frammento merita di essere riprodotto per un'opinione che vi è riferita del nostro giureconsulto Giuliano:

« Ulpianus l. 13 ad edictum — Non solum minoris, verum eqrum quoque, qui rei publicae causa afuerunt, item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt, et ita saepissime est constitutum. sive igitur heres sit sive is cui hereditas restituta est sive filii familias militis successor, in integrum restitui poterit proinde et si minor in servitutem redigatur vel ancilla fiat, dominis eorum dabitur non ultra [*tempus statutum*] in integrum restitutio. sed et si forte hic minor erat captus in hereditate quam adierit. Iulianus libro septimo decimo digestorum scribit abstinendi facultate dominum posse habere non solum aetatis beneficio, verum et si aetas non patrocinetur: quia non apiscendae hereditatis gratia legum beneficio usi sunt, sed vindictae gratia ».

Probabilmente questo principio era da Giuliano enunciato nello stesso libro dei suoi Digesta a cui appartiene la l. 6, § 1 cit. È molto verosimile infatti la supposizione di Lenel che *libro septimo decimo* sia errato invece di *quadragensimo septimo* [2]), come pure l'altra dello

[1]) A differenza dei creditori, ritengo che il patrono possa far revocare l'adizione dell'*hereditas damnosa* compiuta *animo fraudandi* dal liberto. Ciò può parere inconseguente, solo finchè durano gli equivoci invalsi nella dottrina della Pauliana. Se quivi non è ammessa la revoca dell'adizione, non è ammesso neanche che possano revocarsi le obbligazioni fraudolentemente assunte dal debitore: per contro la Fabiana ha luogo anche per le obbligazioni contratte dal liberto (l. 1, § 18, D. 38. 5); ed è logico quindi che il patrono possa ottenere la revoca dell'adizione dell'eredità passiva. La ragione della diversità fra le due azioni revocatorie io mi riservo di spiegare in luogo più opportuno.

[2]) *Paling.* I, pag. 443, n. 2.

stesso autore che nella l. 6, § 1 debbasi leggere *quadragensimo septimo* invece di *quadragensimo sexto* che sta nella Fiorentina [1]).

A parte questo possibile errore nella indicazione del libro di Giuliano, non è da credere del resto che il passo sia rimasto intatto. Il motivo, che dovrebbe giustificare la concessione al *dominus* della *restitutio*, senza riguardo alla minore età, non si raccomanda certo per chiarezza. A che s'allude col *beneficium legum*? Qualunque sia il beneficio in questione, un giurista classico non l'avrebbe chiamato *beneficium legum*, mentre egregiamente parlerebbero di beneficio largito dalle leggi i compilatori giustinianei. Neppure è evidente chi siano coloro che del beneficio *usi sunt*. Primieramente il verbo è al plurale, mentre dianzi è discorso di un *minor* e di un *dominus*, ambedue al singolare. Poi, riferendosi al *dominus*, non si sa quale potrebbe essere il *beneficium* di cui egli fece uso non « apiscendae hereditatis gratia » ma « vindictae gratia ». Il Glück [2]) ritiene che il *minor* sia un liberto revocato in ischiavitù per ingratitudine: l'ultima frase direbbe che il patrono usò del suo diritto non per l'eredità ma per punire il liberto. Senonchè il testo suppone semplicemente che il *minor* sia divenuto schiavo, nè con quella interpretazione il motivo « quia non apiscendae rel. » acquista alcun senso plausibile. Infine, parlandosi del *dominus* e di ciò che egli compie attualmente, dovrebbe adoperarsi il presente e non il perfetto.

Viceversa del *minor* non pare che possa trattarsi, perchè veramente egli, anzichè far uso della facoltà di astenersi, adì l'eredità. Per lo meno bisognerebbe sottintendere un *non*; *usi non sunt* invece di *usi sunt*. Ma in questo caso quale sarebbe il significato dell'antitesi « non apiscendae hereditatis gratia, sed vindictae gratia »?

Non è dunque una siffatta motivazione che può gettar luce sul contenuto della decisione. Questa peraltro è abbastanza chiara di per sè; il *dominus* ha la *facultas astinendi* non solo se egli è minore (*aetatis beneficio*), nel qual caso può essere restituito in intiero « ex sua persona, non ex defuncti » (Pauli, *R. S.* I, 9, 4), ma anche se sia maggiore (*si aetas non patrocinetur*), perchè in questo caso la *restitutio* gli compete *ex persona defuncti*. Pertanto Giuliano al successore del minore contro l'adizione dell'eredità passiva fatta da costui

[1]) Op. cit., I, pag. 413, n. 7.

[2]) *Commentario alle Pandette*, l. 4, tradotto da L. LANDUCCI, pag. 59, n. 98.

accordava qua la *restitutio in integrum*. È mai verosimile che egli conoscesse per questo caso il rimedio della *separatio*, e che anzi questa spettasse anche per le adizioni compiute da persona d'età maggiore? E quali ragioni potrebbero aver indotto a favorire specialmente il patrono, concedendo a lui solo la *separatio*, che non era data agli altri successori contro le adizioni dannose compiute dai loro autori?

Sebbene quindi la l. 6, § 1, D. h. t. non accenni nè al fatto che l'adizione sia stata operata dalla liberta in frode del patrono, nè a ciò che essa fosse minore, tuttavia io sono convinto che il frammento giulianeo possa avere una spiegazione soddisfacente solo muovendo da una di queste due ipotesi. Il confronto con l'altro testo, e in particolare la grande probabilità che ambedue appartengano allo stesso trattato, fa propendere per la seconda. Forse il nostro passo diceva in origine « si *minor* liberta rel. ».

Materialmente, nella l. 1, § 6 come nella l. 6, § 1, si ottiene che i beni dell'eredità acquistata, in un caso dall'erede fiduciario, nell'altro dalla liberta, siano venduti separatamente dai beni propri del fiduciario e della liberta; che i creditori ereditari siano soddisfatti esclusivamente sui beni dell'eredità, e non pregiudichino col loro concorso gli aventi diritto sui beni dell'erede. È sotto questo aspetto estrinseco e materiale che l'effetto della vera e propria *separatio bonorum* coincide con quello prodotto nei casi studiati dalla revoca e dalla *restitutio in integrum*; ed è perciò che i giureconsulti possono parlare di beni che si separano, di una *quaedam separatio*, ed è anche per ciò che in un trattato intorno alla *separatio* poteva cadere il discorso sulle ipotesi formulate nei due testi citati [1]. Ma tutto questo non si capirebbe più, se la *separatio bonorum* non importasse la separazione effettiva dei beni, cioè se essa non fosse la *separatio bonorum*, come appunto pretende il Baviera, che vorrebbe perfino ribattezzarla con un nome diverso.

Quel che veramente sia la *separatio* ce lo insegnano i §§ 1 e 2

[1]) Fuori che al *necessarius*, la *separatio* non è stata largita all'erede. È più facile ammetterlo per la l. 1, § 6, dove il *quasi quaedam separatio* esclude di per sè che si tratti della vera e propria *separatio*. Ma reputo di averlo dimostrato probabile anche per la l. 6, § 1. Tuttavia l'opinione contraria è seguita anche dal Bonfante in un articolo sulla separazione inserito nel *Digesto italiano* (v. *Successioni. Effetti dell'acquisto dell'eredità*, p. 496, n. 5) che deploro di non aver conosciuto prima d'ora.

della l. 1, D. h. t. i quali, esemplificando il caso a cui essa si applica e descrivendo il bisogno a cui provvede, intendono rappresentare chiaro alla mente del lettore il concetto dell'istituto.

« Solet autem separatio permitti creditoribus ex his causis: ut puta debitorem quis Seium habuit: hic decessit: heres ei extitit Titius: hic non est solvendo: patitur bonorum venditionem: creditores Seii dicunt bona Seii sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem. fieri enim potest, ut Seius quidem solvendo fuerit potueritque satis creditoribus suis vel ita semel, etsi non in assem, in aliquid tamen satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo aut minus consequantur, quia plures sunt hic est igitur aequissimum creditores Seii desiderantes separationem audiri impetrareque a praetore, ut separatim quantum 2 cuiusque creditoribus praestetur. Ex contrario autem creditores Titii non impetrabunt separationem: nam licet alicui adiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem condicionem [*atqui igitur adiit hereditatem debitoris mei, non faciet meam deteriorem condicionem adeundo, quia licet mihi separationem impetrare, suos vero creditores oneravit, dum adiit hereditatem quae solvendo non est, nec poterunt creditores eius separationem impetrare*] » [1]).

I creditori del defunto Seio dicono « bona Seii sufficere sibi » e i creditori dell'erede Tizio « contentos esse debere bonis Titii », e quindi dovere « quasi duorum fieri bonorum venditionem ». Alla quale richiesta il pretore reputò « aequissimum » acconsentire « ut separatim quantum cuiusque creditoribus praestetur », acciocchè a ciascuno dei creditori venisse separatamente, in separato concorso, prestato quanto più fosse possibile.

Il testo è decisivo per la opinione dominante che io seguo. E tuttavia il Baviera [2]) non si perita di asserire che tanto il *quasi* di Ulpiano nella l. 1, § 1, quanto l'altro di Paolo (*quasi defuncti bona ven-*

[1]) Evidentemente il § 1 è in più punti corrotto. Cfr. MOMMSEN ad h. l.; LENEL *Ulpianus* 1444. Nel § 2 mi par certamente interpolato il periodo da me chiuso fra parentesi quadre. Esso costituisce una mera ripetizione di ciò che trovasi detto sopra: manca il soggetto di *adiit*, bruscamente cambia l'ipotesi (io ed *eius creditores* invece di *creditores Seii* e *creditores Titii*).

[2]) Op. cit. pag. 71.

diderunt) nella l. 5, D. h. t. escludono senz'altro una doppia *bonorum venditio*. Sicuro, « questo celebre empiastro delle costruzioni giuridiche esclude - e perentoriamente - che una divisione materiale dei due *bona* e una separata loro vendita si avesse. Poichè è inconcepibile che Ulpiano e Paolo l'avessero adoperato, se realmente quella si aveva. Sarebbe stato il non plus ultra della illogicità ».

Chi invece, com'io faccio, crede fermamente che il vocabolario abbia anch'esso una sua logica, e più fermamente ancora crede che i giureconsulti romani la rispettassero, non saprà mai capacitarsi che essi adoperassero il *quasi* là dove tra l'oggetto di cui ragionavano e l'oggetto a cui lo comparavano non fosse esistita qualche somiglianza. Se dunque Ulpiano parla di una vendita di quasi due patrimoni, ciò vuol dire certamente che accadeva qualcosa, che, se non era proprio la vendita di due patrimoni, non ne era, per uno o per altro riguardo, molto lontana.

Nel trovare i punti di analogia e quelli di differenza si parrà la nobiltà dell'interprete.

Orbene, se si suppone che i due patrimoni si vendessero separatamente, ma ambedue sotto il nome dell'erede, si ha che a rigore non è lecito parlare di due patrimoni, poichè supporrebbero due titolari e qua non ce n'è che uno, ma che *in sostanza* le cose procedono *come se* fossero due, poichè si compiono due vendite (*quasi duorum venditio*). Le due masse di beni si vendono ugualmente sotto il nome dell'erede, e quindi *formalmente* il patrimonio dovrebbe dirsi di un solo; ma una di esse è identica col patrimonio del defunto, e pertanto, quando ha luogo la sua vendita, Paolo può dire giustamente che è *come se* si vendessero i beni del defunto (*quasi defuncti bona vendiderunt*), poichè *in fondo* è proprio questo che si fa.

Adunque, *sostanzialmente*, con la *separatio* si distinguono due patrimoni, su ciascuno dei quali ha luogo un concorso a parte. Ed è alla sostanza che sopratutto badavano i giureconsulti romani, e facevano bene. Avrebbe avuto agio di convincersene anche il Baviera, se egli, che rimprovera ad altri lacune insussistenti, non si fosse dimenticato di studiare alcuni testi che riguardano espressamente il tema del suo libro.

Nella l. 10, § 9, D. 42, 8 Ulpiano a proposito dell'*interdictum fraudatorium* enuncia il principio:

« Si fraudator heredem habuit et heredis bona venierint, non est in bonis quibus de agitur factum et ideo cessat haec actio ».

Ma poi nei §§ 10-11 accorda un interdetto utile:

« Si quid in fraudem creditorum fecerit filius qui se poterat abstinere, et in integrum sit restitutus [*quod se miscuerat vel si quis fecit voluntarius etiam vel per aetatem vel quam aliam causam iustam in integrum meruit restitutionem*] [1]) dicendum erit utilem actionem competere. Idem et in servo necessario. Sane cum illa distinctione hoc admittendum esse Labeo scribit, ut, si quidem protinus bona vendiderunt creditores vel absentibus vel paciscentibus creditoribus se necessarius miscuit, utriusque fraus revocetur, id est testatoris et ipsius: si vero passi sunt necessarium creditores et quasi in creditum habuerunt nomen eius vel dulcitudine usurarum vel qua alia ratione secuti sunt, dicendum est nihil revocari ex his, quae testa- 11 tor alienavit. Si impubes patri heres extiterit eiusque mortui bona veneant, separatione impetrata utriusque fraus erit revocanda, pupilli vel etiam tutoris item curatoris ».

Su queste leggi io mi sono intrattenuto in un altro mio lavoro [2]) e non intendo ripetermi. Anche a non voler tener conto del § 10, il quale ha subìto un rimaneggiamento da parte dei compilatori, ma il cui contenuto originario si può restituire con molta verosimiglianza, e dal quale vengono confermate e l'opinione dominante circa il *sequi nomen heredis*, pur essa negata dal Baviera, e l' osservazione del Ferrini che il termine per ottenere la *separatio* non era determinato nello spazio di un quinquennio dal diritto classico [3]), non si può trascurare il § 11. La revoca degli atti fraudolenti è subordinata alla condizione che siasi impetrata la *separatio*, perchè solo con questo mezzo il patrimonio del padre si distingue da quello del figlio, e sebbene *formalmente* ambedue si vendano sotto il nome di questo (*impuberis bona veneant*), tuttavia *sostanzialmente*, per gli effetti della revoca di cui si occupava il giureconsulto, devono essere trattati come due patrimoni appartenenti rispettivamente alle due persone del padre e dell' impubere.

[1]) La interpolazione delle parole « vel si quis fecit voluntarius rel. » fu da me altra volta segualata. Cfr. *Sulla revoca etc.* p. 20. « Quod se miscuerat » è ritenuto un glossema da LENEL *Paling.* II, 853, n. 2, ma io crederei che anch'esso faccia parte dell' emblema.

[2]) Op. cit. pag. 18 sgg.

[3]) Lo aveva peraltro già sospettato il BONFANTE, op. cit. p. 505, n. 1.

✠

Lo studio della parte processuale nell'istituto della *separatio* non sarebbe dunque stato inutile pel Baviera, e molto opportunamente, da quel maestro ch'egli è, gliel'avrebbe raccomandato il Ferrini, se gli avesse servito per riconoscere che l'opinione dominante circa il modo d'attuarsi in pratica della *separatio bonorum* è fondata nelle fonti e nella logica, e che anche, partendo dalla sua idea che si tratti di un *privilegium exigendi*, non si perviene a risultati diversi. Ma dove sono del resto le prove che i Romani abbiano concepito il nostro istituto come un *privilegium exigendi*?

Tale carattere, si afferma [1]), spicca nettissimo dai §§ 7, 8 e 9 del fr. 1 di Ulpiano. Nulla di più lontano dal vero. Nel § 7 si fa il caso che al padre sia succeduto l'impubere e a questo il sostituto pupillare, contro il quale ha luogo la *venditio*: qui vi sono tre classi di creditori e si vuole determinare a chi spetti la *separatio*. Ulpiano decide rettamente che i creditori del padre hanno diritto a far separare il patrimonio di costui da quello dell'impubere e da quello del sostituto, mentre i creditori dell'impubere possono far separare il suo patrimonio da quello del sostituto. Dove si va a pescare il *privilegium exigendi*? Analogamente, nel § 8, quando si abbia una serie di successioni, per cui Secondo eredita da Primo e Terzo da Secondo, i creditori di Primo possono con la separazione impedire che sul patrimonio di lui concorrano in loro pregiudizio i creditori di Secondo e di Terzo; invece quelli di Secondo possono soltanto chiedere la separazione in confronto dei creditori di Terzo, e non anche di quelli di Primo, perchè Terzo unicamente è l'erede del loro debitore.

Ancor meno è lecito fondarsi sul § 9, di cui io credo di aver dimostrata, non per il primo, poichè era stata già segnalata dal Fabro, l'interpolazione [2]). Il Baviera [3]) non si preoccupa della interpolazione perchè crede che i compilatori non vi abbiano apportato novità sostan-

[1]) Op cit. p. 66.

[2]) Cfr. il mio lavoro *Sulla capacità del filius fam. di stare in giudizio* in *Bullettino*, XI, p. 116 sgg.

[3]) Op. cit. pag. 27.

ziali. Secondo lui, nelle ultime righe del paragrafo, dall'*item* in poi, è fatto il caso che *erede del figlio e del suo peculio castrense sia stato il padre.* Ma chi legge, per quanta buona volontà ci metta, di una tale ipotesi non trova alcuna traccia nelle parole del testo [1]. Io, che ero e sono convinto dell'emblema, pur confessando la difficoltà di restituire il testo genuino, avevo affacciato la congettura che originariamente il giureconsulto studiasse il caso dell' *acquisto del peculio castrense da parte del padre dopo la morte del figlio*, ma non mi sono sognato affatto di dire che una tale ipotesi sia espressa nel testo, quale l'abbiamo attualmente. E m'ero poi guardato bene dal pensare che *il padre fosse erede del figlio*, poichè per diritto classico una tale affermazione è così audace che non me la sarei aspettata neppure da chi sa compiere il miracolo di vedere nel testo ciò che nel suo precedente scritto sulla *separatio* non v'aveva visto, e non c'è, ma, tolto lo sproposito del padre che viene trasformato in erede del peculio mentre in verità lo acquista «iure peculii», *soltanto io* avevo supposto potesse essere nel testo originario di Ulpiano. Vuol dire che ciò che io ho supposto fosse in origine nel passo ulpianeo, donde l'avrebbero eliminato i compilatori, vi sarà stato in qualche edizione a me ignota del *Digesto*, reintegrato, una volta che il Baviera ha potuto leggervelo. Ed io posso anche esserne lieto, giacchè dopo siffatta prova non avrei più ragione di dubitare della mia congettura.

Comunque, la l. 1, § 9, al pari delle altre, non sorregge menomamente la costruzione del *privilegium*, cui del resto il Baviera non ricorre se non per derivarne talune conseguenze circa l'attuazione pratica della *separatio*, che già dimostrammo infondate, e circa il diritto dei separatisti sul patrimonio dell'erede, al quale conviene ormai che ritorniamo.

Il modo in cui si svolgeva la *separatio* non ci porge alcun criterio per risolvere la nostra questione, ed io sono giustificato d'averne taciuto nel mio scritto precedente. Posta la vendita separata dei due *bona*, è sostenibile tanto l'opinione del Baviera, che è quella di Papiniano, quanto quella accolta da Ulpiano e da Paolo, come pure una terza che non si trova nelle fonti, ma che è ammessa sotto l'impero del nostro codice civile. In altri termini si può pensare tanto che la

[1]) Item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, cum possit potius cum patre experiri

separatio facesse perdere ai creditori ogni diritto sui beni dell'erede, quanto che essi vi avessero diritto dopo soddisfatti i creditori personali dell'erede, quanto infine che essi potessero concorrervi insieme con questi ultimi. La procedura non osta a che si ritenga una piuttosto che un'altra opinione. Se si preferisce la prima, al provento della vendita dei beni del defunto parteciperanno i creditori ereditari in primo luogo, e dopo di loro i creditori dell'erede; nella vendita dei beni dell'erede accadrà l'inverso. Se si crede vera la seconda, i creditori ereditari saranno esclusi affatto dalla *venditio bonorum* dell'erede. Se si decide a favor della terza, sui beni dell'erede concorreranno con pari diritto ambedue le categorie di creditori.

E, su ciò mi piace specialmente di richiamar l'attenzione, lo stato delle cose non ebbe a mutare quando alla *bonorum venditio* si sostituì la *distractio bonorum*. Il *curatore* non vende più il patrimonio « per universitatem », ma a mano a mano i singoli oggetti ereditari. Se il diritto gli dice di erogare il prezzo che trae dalle cose dell'erede soltanto nella soddisfazione dei creditori di lui, esclusi in qualunque modo i separatisti, egli ottempererà a questo precetto; se la legge vigente sarà diversa, egli si regolerà diversamente. Sia dunque una buona volta fermo che la nuova procedura del diritto giustinianeo non rendeva per sè sola necessaria nessuna modificazione nel punto di cui ci occupiamo.

Se la questione si proponesse *in iure condendo*, io risponderei che nessuna delle tre soluzioni astrattamente possibili intorno al diritto dei separatisti è da stimarsi assurda. Ragioni di convenienza possono far propendere il legislatore per l'una piuttosto che per l'altra: l'annettere maggiore o minore importanza ad uno anzichè ad altro ordine di considerazioni può indurre a regolare l'istituto della *separatio* come se esso importasse da parte dei creditori ereditari che vi ricorrono rinunzia al diritto di esser soddisfatti sui beni propri dell'erede; altri invece può credere più opportuno di venire in soccorso dei creditori ereditari contro i danni dell'adizione, evitando di toglierne loro i benefizi, come accade oggi da noi secondo l'opinione dominante; altri infine possono reputare miglior partito (sebbene a me paia, come ebbi a dire altra volta, il meno logico)[1]) quello di ridurre il vantaggio

[1]) Così anche BONFANTE, op. cit. pp. 494, 503.

che l'adizione frutterebbe ai creditori ereditari senza escluderlo del tutto, e ciò fa appunto Papiniano. Nessuna di queste tesi sarebbe illogica. Chi invece non è logico è il Baviera, perchè egli [1]) afferma prima che per determinare gli effetti del *commodum separationis* bisogna, sotto pena di errore ad ogni pie' sospinto, tener sempre presente che esso ha per iscopo di annullare le disastrose conseguenze della successione ereditaria, impedendo che i creditori dell'erede nuocciano col loro concorso ai diritti dei creditori preesistenti, ma lasciando completamente intatta la illimitata responsabilità dell'erede con tutte le sue conseguenze - una delle quali noi sappiamo appunto essere quella di conferire pari diritto sul patrimonio dell'erede ai creditori ereditari e a quelli suoi originari - e conclude poi accettando l'opinione di Papiniano che accorda ai creditori separatisti il diritto di esser soddisfatti, non insieme coi creditori dell'erede, come sarebbe la conseguenza dell'adizione, ma soltanto dopo di essi.

Se non che noi non abbiamo un quesito legislativo da risolvere, bensì uno esegetico. Il pretore non ha dichiarato nell' editto quali effetti egli attribuisse alla *separatio* riguardo al diritto che altrimenti spettava ai creditori ereditari sul patrimonio dell' erede: non ha detto se intendeva che essa implicasse rinunzia alla persona e ai beni dell' erede, o diversamente. Ma la questione sorse nella giurisprudenza, e non fa meraviglia che potesse essere variamente decisa. Noi, che non abbiamo la libertà dei nostri giureconsulti, dobbiamo attenerci a ciò che essi dicono, e dedurne il diritto vigente. La risposta al nostro quesito non può ricavarsi che dall' esame dei tre testi che ne trattano, approfittando dei mezzi di cui oggi va giustamente superba l' arte dell' esegesi. È ciò che ho cercato di far io nel mio articolo precedente su questo stesso soggetto. Può ben essere che io non abbia saputo raggiunger la mèta, ma è certo che non v' ha altra via all' infuori di questa.

✤

Io avevo notato nella l. 1, § 17, D. h. t. di Ulpiano l' interpolazione delle parole « si cum essent... separavit », ed avevo anche avvertito che in essa i compilatori hanno avuto evidentemente sott'occhio

[1]) Op. cit. p. 79 sgg.

il testo di Paolo (l. 5, D. h. t.); e ne inferivo che, poichè essi hanno fatto propria la motivazione con cui Paolo giustifica la sua decisione identica a quella di Ulpiano e contraria a quella di Papiniano, i compilatori non possono aver accolta l' opinione di quest' ultimo, bensì la prima. Io ritenevo che l' emblema avesse uno scopo meramente esplicativo, quasi Triboniano avesse inteso il bisogno di confortare di nuovi argomenti l' opinione del giurista, nel cui testo egli insinuava la sua prosa [1]. Invece il Ferrini, credendo che nel diritto classico la *separatio* non fosse concessa che nella ipotesi di eredità testamentaria, e solo nel diritto giustinianeo si sia trovato opportuno di estendere il rimedio anche all' eredità intestata, pensa che di proposito nella l. 1, § 17, mentre Ulpiano adopera la frase *creditores testatoris*, i compilatori nell' aggiunta interpolatizia l' abbiano sostituita con l' altra *creditores defuncti*.

Io rilevo subito che, se pur fosse vero ciò che crede il Ferrini, starebbe sempre il fatto che le frasi emblematiche contengono una giustificazione della decisione di Ulpiano intorno al diritto dei creditori separatisti sul patrimonio dell' erede. Vuol dire che ad un tempo ci si farebbe sapere che separatisti possono essere non più soltanto i creditori di un testatore, ma anche i creditori di un defunto intestato.

È esso peraltro provato questo mutamento di diritto che si afferma ora per la prima volta? Non sarà inopportuno esaminare le ragioni sulle quali il Ferrini fonda la sua opinione.

Osserva il chiaro romanista che l' editto pretorio concedeva la *separatio* in due casi: nell' uno a favore dell' erede (necessario) liberato e istituito nel testamento del domino, nell' altro a favore dei creditori — e la correlazione del duplice editto dovrebbe cercarsi appunto nell' esistenza di un testamento. Ma chi rifletta che un erede necessario non poteva aversi che col testamento, ed un erede sospetto invece era possibile anche senza il testamento, dubiterà assai che, per mantenere tale correlazione fra i due casi di separazione, il pretore siasi indotto a non concedere la *separatio* fuori dell' eredità testamentaria. In appoggio di questa limitazione il Ferrini osserva che nessun rimprovero può farsi a chi ha lasciato che la successione avesse il suo corso naturale, mentre può ravvisarsi riprovevole l'atto

[1] Per un' efficace giustificazione, sulla base del concetto romano dell'eredità, della decisione di Paolo e di Ulpiano cfr. BONFANTE, op. cit. p. 504.

di chi ha, con pericolo dei propri creditori, ordinato che la successione propria fosse raccolta da persona sospetta Dirò francamente che sembrami poco plausibile che il nostro istituto abbia potuto avere la tendenza che qua suppone il Ferrini. Era proprio detto che il testatore dovesse conoscere le condizioni economiche dell' erede? e se il dissesto finanziario fosse posteriore all' istituzione? In questi casi rimane l' equità di provvedere a che non ne ricevano danno i creditori ereditari, ma l' atto del testatore cessa di essere comecchessia riprovevole. E se è impossibile collegare la *separatio* con un difetto che sia necessariamente inerente all' atto del testatore, diviene inopportuno fondare l' istituto sull' intervento del testamento; ciò che lo legittima è il bisogno cui esso soddisfa, uguale in ogni caso di successione.

Vero è che anche il Ferrini in caso di successione intestata non lascia senza difesa i creditori ereditari: ma reputa che a questa ipotesi debba riferirsi l' oscuro editto intorno all' erede sospetto di cui poco o nulla conosciamo dalle fonti giustinianee. Tuttavia dal passo di Ulpiano (l. 31, D. 42, 5) che se ne occupa, io credo si possa ricavar abbastanza per mettere in dubbio l' acuta supposizione dell' illustre romanista. Intanto vi si discorre di creditori ereditari in generale, e non solamente di creditori di un morto intestato Di più è facile pensare a pericoli per premunirsi dai quali non basti la *separatio*. L' erede dissestato potrebbe, per es., dissipare i beni dell' eredità, potrebbe deliberatamente confonderli coi propri, e si sa che la separazione è resa impossibile dalla materiale confusione dei due patrimoni [1]; potrebbe alienarli. In alcuni casi i creditori avranno il rimedio della revoca, ma, oltre che questo non è applicabile se non si prova la frode, è sempre ottimo consiglio di sapienza pratica quello che insegna essere « melius intacta iura servare quam vulnerata causa remedium quaerere ». La l. 2 del nostro titolo « de separationibus » è in questo riguardo eloquentissima:

« Papinianus l. 25 quaestionum — Ab herede vendita hereditate separatio frustra desiderabitur, utique si nulla fraudis incurrat suspicio: nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent ».

[1]) Cfr. l. 1, § 12, D h. t. Il brano è stato rimaneggiato dai compilatori, come avvertiva il BONFANTE, p. 507, n. 4.

Invano i creditori desiderano la *separatio*: « quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt rata conservari solent », e toccherebbe ad essi di sobbarcarsi alla prova, non sempre facile, della mala fede. Ora quando le *facultates* rendono *suspectus* l'*heres*, il timore che egli possa compiere simili atti pregiudicevoli ai creditori diviene grave e fondato: e d' altronde questi potrebbero non avere ancora diritto alla *missio in bona*. Il pretore v' ha provveduto sapientemente con la *satisdatio* che l' *heres suspectus* dovrà prestare, se non vuole che i creditori siano immessi senz' altro nel possesso dell' eredità. Che tale fosse lo scopo dell' editto di cui trattiamo, io deduco specialmente dai §§ 2 e 4 della l. 31. Il § 2 respinge la domanda dei creditori quando non sia stata proposta poco dopo l' adizione dell' eredità, ma abbiano lasciato l' erede « in hereditate morari nec quicquam possint obicere criminis quasi dolose versato eo ». L' essere trascorso molto tempo senza che l' erede operasse sull' eredità nessuno di quegli atti che mettono in pericolo il diritto dei creditori, fa ora apparire vano il loro timore e poco giustificato il sospetto che tardivamente pretenderebbero sollevare contro l' erede. Decisivo è il § 4. Se l' erede non ha alienato nulla dai beni dell' eredità, e non gli si possa fare altro addebito che quello di esser povero, non lo si deve obbligare a prestare la *satisdatio*, poichè questo sarebbe un ordine a cui egli assai difficilmente sarebbe in grado di ubbidire, e la *missio in possessionem* diverrebbe contro di lui una conseguenza altrettanto ingiusta quanto ineluttabile; ma il pretore deve limitarsi a vietargli qualunque alienazione « ut iubeat eum nihil minuere ». È la diminuzione del patrimonio ereditario quella che temono i creditori: impedendo questa all' erede, il loro legittimo interesse è appagato Dopo ciò par chiaro abbastanza che il provvedimento contro l' *heres suspectus* non potea tener luogo della *separatio*, e che dovea competere tanto nella successione testamentaria quanto nella intestata.

Ma, sebbene per le osservazioni suesposte io non creda di poter convenire nel significato che alla *satisdatio* dell' *heres suspectus* attribuisce il Ferrini, tuttavia sono fermamente convinto che fu un' idea felice quella di riavvicinare cotesto istituto con la *separatio*. Della connessione in cui i due istituti stavano fra loro noi possiamo giovarci per meglio determinare il posto che alla *separatio* spetta nel sistema del diritto romano. Essa appartiene del tutto alla sfera del

giudizio esecutivo, e non si applica che in occasione di esso, allo stato di cose che allora trova esistente. Ma dal momento dell' adizione dell' eredità a quello in cui ha luogo l' esecuzione sui beni del defunto può intercedere uno spazio di tempo più o meno lungo, durante il quale l' erede ha modo di alterare lo stato del patrimonio del defunto in pregiudizio de' suoi creditori. A ciò non rimedia la *separatio* nella figura in cui la possedettero i Romani.

Diversamente accade nel nostro diritto, che considera la separazione come un provvedimento, al quale i creditori ereditari che dubitino di esser lesi dalla concorrenza dei creditori dell' erede devono appigliarsi senza indugio, ed al quale il Codice civile (art. 2062) accorda persino efficacia retroattiva. Da noi non soltanto nel giudizio esecutivo si chiede la separazione: anzi è possibile che l' esecuzione contro l' erede non abbia mai luogo, o solo più tardi, forse quando è trascorso da un pezzo il termine di tre mesi a cui il nostro Codice limita il diritto alla separazione. Questa, nella massima parte dei casi, basta a conservare illesi i diritti dei creditori che l' hanno implorata: quei diritti sono fin d' ora cautelati efficacemente, sebbene si esercitino solo più tardi. La separazione ora chiesta, la quale spiegherà completamente i suoi effetti nell' eventuale giudizio esecutivo, non riuscirà allora un rimedio illusorio, poichè in conseguenza di essa almeno gli immobili ereditari vengono gravati di un vincolo reale, il quale permette di rivendicarli contro ogni terzo, ancorchè avesse trascritto, ed il quale non è pregiudicato dalle ipoteche che fossero state concesse dall' erede. Con questi effetti, di cui il nostro diritto ha rivestita la separazione, si è reso in gran parte superfluo che fosse scortata da altri mezzi, mentre la *separatio* romana lasciava sussistere il bisogno di ulteriori rimedi.

Integrando la *separatio* con la *satisdatio*, il sistema romano non è più così rudimentale, come poteva apparire [1]) ristretto che fosse stato alla sola *separatio*. Del resto anche nel nostro diritto, pei mobili, contro le alienazioni dei quali la separazione non tutela pienamente, fa d' uopo ricorrere a delle misure conservative (art. 901 C. proc. civ.), di cui una potrebbe essere, allo stesso modo che in diritto romano, la cauzione.

[1]) Cfr. BONFANTE, op. cit. p. 499.

Chi ben rifletta alle cose sopra discorse s'accorgerà di leggieri che la questione che s'agita nella dottrina romanistica, se la *separatio* presupponga l'insolvenza dell'erede, non è, per lo meno in questi termini, esattamente formulata. La dottrina dominante, che io pure seguivo, opponeva agli avversari anche questa considerazione: non è possibile che necessario presupposto della *separatio* fosse l'insolvenza dell'erede, giacchè allora non si capirebbe più come nelle l. 1, § 17, l. 3, § 2 e l. 5, D. h. t. si discuta la questione se i creditori ereditari non soddisfatti sul patrimonio ereditario possano rivolgersi contro l'erede dopo pagati i suoi creditori. Una tale obbiezione non si scuote menomamente affermando, come fa il Baviera [1]), che questi passi possono riferirsi al caso che l'erede dopo la *venditio bonorum* abbia acquistato qualch' altra cosa; a questa interpretazione osta il contesto stesso dei frammenti citati. Peggio ancora, il Baviera fraintende completamente il testo papinianeo, che ammette i creditori ereditari solamente « si proprii creditores heredis fuerint dimissi », asserendo che l'« aliquid », che può avere il creditore del defunto, corrisponde alla « portio » che « cum ceteris heredis creditoribus ei quaerenda erit ». Dopo queste fantasticherie, l'argomento fatto valere contro la teorica difesa dal Baviera rimaneva sempre decisivo.

Se non che ora noi sappiamo che la *separatio* si chiede quando s'è in procinto di addivenire alla vendita dei beni dell'erede: che egli sia insolvente o meno, non si cerca, e, sebbene non paghi spontaneamente e perciò si proceda alla vendita del suo patrimonio, pur potrebbe in fatto essere solvibile. I separatisti non devono dimostrare la sua insolvenza, come giustamente sostiene l'opinione dominante; ma fa d'uopo anche riconoscere, più recisamente che non siasi fatto fin qui, che la *separatio* è un rimedio *in executivis*, al quale i creditori dovevano far ricorso a cagione della vendita e preliminarmente ad essa, per ottenere che questa avvenisse separatamente sui due patrimoni.

La separazione romana, a differenza della nostra, non aveva il carattere d'una garanzia reale con cui i creditori si premunivano per il futuro; e però anche, a differenza della nostra, poteva riuscire più o meno inutile nel momento in cui si presentava la possibilità di farne uso [2]).

[1]) Op. cit., p. 43 sgg.

[2]) Tuttavia dalla l. 1, § 3, D. h. t. risulterebbe che gli imperatori Severo ed Antonino decisero che i pegni e le ipoteche concessi dall'erede sulla cosa eredi-

❦

Ma se il sistema con mirabile dottrina ed acume escogitato dal Ferrini, per cui la *separatio* si applicherebbe soltanto all'eredità testamentaria, non è troppo sicuro dal punto di vista dommatico, vediamo se le fonti lo rendano meglio plausibile. Afferma l'illustre romanista che a proposito della *separatio* non si trova alcun testo il quale faccia esplicita menzione di successione intestata, mentre parecchie fattispecie presuppongono esplicitamente la testamentaria.

Anzitutto mi sembra doveroso tener conto della circostanza che molti di quei passi in cui la successione è testamentaria, contemplano casi che non ne comporterebbero altra. Così la l. 1, § 7, D. h. t. ricerca quali creditori dei diversi gruppi che si hanno nella sostituzione pupillare e in confronto di chi abbiano diritto alla separazione; la l. 6 pr, D. h. t. e la l. 1, C. 7, 72 stabiliscono il diritto dei legatari, e legatari non ci sono che nella successione testamentaria. Mentre poi la l. 1, § 6 e la l. 6, § 1 non possono esser prese in considerazione, perchè, come ho già detto, molto probabilmente non si riferiscono alla nostra *separatio*. Parimente a torto viene addotta la l. 1, § 4 che concede la *separatio* contro il fisco ed i municipes, perchè codeste persone non sono gli eredi nominati nel testamento, ma i creditori dell'erede contro cui la separazione viene operata.

Invece è utile fermar l'attenzione sulla l. 1, § 1, D. h. t. Ivi il giureconsulto, l'ho già osservato, vuole praticamente dare al lettore un concetto adeguato dell'istituto, e sarebbe stato necessario, se la *separatio* fosse stata ristretta all'eredità testamentaria, che lo avesse indicato mediante la scelta del caso, laddove al contrario suppone affatto generalmente: « debitorem quis Seium habuit, hic decessit, heres ei extitit Titius ». Pensare che il passo sia stato rimaneggiato

taria non debbano nuocere al diritto dei separatisti, i quali saranno preferiti al creditore pignoratizio od ipotecario. Posponendo l'ipoteca costituita dall'erede al diritto dei separatisti, Ulpiano non ratifica per lo meno interamente, l'operato dell'erede stesso, contrariamente all'insegnamento di Papiniano pel quale, come abbiamo visto, « quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt rata conservari solent ». Non trovo che si sia riusciti finora a conciliare in modo del tutto soddisfacente la l. 1, § 3 con la 2.

in questa parte da Triboniano può essere giustificato solo quando altri argomenti abbiano reso probabile, ciò che non può ancora dirsi nel caso attuale, un mutamento di diritto.

Merita anche di esser qui allegata la l. 10, § 11, D. 42, 8. Deve l'impubere che « patri heres extiterit » essere stato proprio istituito in un testamento, o non può anche essere succeduto *ab intestato?* Voglio poi incidentalmente osservare che, ammessa l'opinione del Ferrini, la revoca degli atti fraudolenti in una successione intestata avrebbe avuto luogo entro più angusti confini che non in una successione testamentaria; giacchè in quella non sarebbe stato possibile impetrare la *separatio*, come richiede la legge citata.

Ma la prova maggiore che la *separatio* competesse nell'eredità testamentaria il Ferrini crede di riscontrare appunto nella l. 1, § 17, cit. Non può essere un caso che Ulpiano esprimesse un principio generale parlando di *bona testatoris* e di *creditores testatoris*, mentre gli interpolatori parlano di *bona defuncti* e di *creditores defuncti*. Ora io avevo precedentemente rilevato che il periodo interpolatizio è una parafrasi del corrispondente periodo di Paolo; ed in Paolo (l. 5, D. h. t.) si legge *quasi defuncti bona vendiderunt*.

Il Ferrini ha ragione; non è un caso che Triboniano parli di *bona defuncti*, mentre Ulpiano parlava di *bona testatoris*. Il questore del sacro palazzo per il suo emblema si serve delle frasi di Paolo, e non si preoccupa della simmetria di linguaggio col testo in cui ficca liberamente le sue proposizioni.

Ciò che ho detto mi par sufficiente a giustificare il mio dissenso dalle conclusioni cui il dotto autore perviene nella prima delle sue note intorno alla *separatio*.

✠

Di qui segue eziandio che io non possa ammettere che la ragione la quale ha indotto i compilatori ad alterare la l. 1, § 17, stia in ciò che, data la mutazione avvenuta nel concetto della *separatio*, le considerazioni di Ulpiano (il quale probabilmente avvertiva che essa era rivolta ad eliminare in parte gli effetti del testamento) non erano più senz'altro riproducibili. Io credo invece che codesta mutazione nel concetto della *separatio* non sia stata dimostrata.

Anche il Ferrini riconosce con me che la sostanza nel frammento ulpianeo è rimasta la stessa; ma ciò non depone favorevolmente alla sua tesi per cui il principio vigente nel diritto giustinianeo dovrebbe esser quello attribuito a Papiniano. Come si potrà giustificare che i compilatori si siano scandalizzati della motivazione, perchè non corrispondeva più al nuovo diritto, e nel tempo stesso abbiano conservata la decisione che era recisamente contraria a quella da loro preferita? Ciò che innanzi tutto bisognava correggere era la decisione, e poi in ultimo la motivazione.

Delle cause che, secondo il Ferrini, avrebbero dovuto condurre ad accogliere nel diritto giustinianeo il principio contrario a quello di Ulpiano e Paolo, tralascio la mutata concezione dell' istituto, perchè ne ho già discorso abbastanza. Ma v'era il *beneficium inventarii* per cui contro i beni dell' erede che l'avea chiesto e avea adempiuto gli obblighi relativi nulla potevano pretendere i creditori ereditari; che se l'erede avea trascurato tale beneficio, era conforme alla costituzione giustinianea che egli rispondesse inesorabilmente col proprio dei debiti del defunto. Se l'erede non fa subito e nei modi prescritti l' inventario, manca la giuridica certezza del vero ammontare del patrimonio del defunto. In tal caso, se anche i creditori chieggono la *separatio*, non può e non deve l'erede esser esonerato dal rispondere del proprio in quanto occorra: *sibi imputet* del resto, dal momento che aveva un rimedio facile per salvaguardare la propria responsabilità. Senza dire che anche col confronto di altri istituti si può dimostrare la riluttanza del nuovo diritto a privare di ulteriori rimedi il creditore solo in parte soddisfatto.

Non io negherò ciò che v' ha di giusto in queste considerazioni. Ma la illimitata responsabilità dell' erede esisteva anche nel diritto classico, e tuttavia ai separatisti, secondo che ammette lo stesso Ferrini, non era consentito di rivolgersi pel residuo credito contro l'erede. Perchè nel diritto giustinianeo non potrebbe avvenire allo stesso modo che l' erede non beneficiario sia tenuto del proprio verso i creditori ereditari, a meno che dal canto loro questi non abbiano chiesto la *separatio*? Sono pertanto convinto che l' introduzione del beneficio d' inventario non abbia reso assolutamente necessario di regolare diversamente il diritto dei creditori separatisti, sebbene io stesso abbia già osservato che per certi riguardi il principio papinianeo potea me-

ritare nel nuovo diritto di essere preferito. Ma ciò potrà tutt'al più far presumere il suo accoglimento da parte di Giustiniano, finchè non si dimostri il contrario.

Il che appunto io credo d'aver dimostrato. È grave anzitutto che di tre testi, in un titolo composto di pochi frammenti, due affermino vigorosamente il principio che avrebbe cessato di valere; ed uno solo esprima molto timidamente quello che sarebbe diritto vigente.

Tanto più grave, in quanto uno di quei primi testi, nel quale Paolo con molta evidenza e vigore logico (son parole del Ferrini) difende l'opinione contraria ai separatisti, respinge il principio che si legge nel passo di Papiniano e che si sostiene essere stato accolto da Giustiniano. Se c'era frammento che Triboniano avrebbe dovuto rimaneggiare era appunto la l. 5; qui il giureconsulto bizantino avrebbe potuto, con poca fatica e con molta opportunità. farci sapere che egli invece approvava l'opinione rigettata da Paolo. È vero che i compilatori sono responsabili di molte inavvertenze e dimenticanze, in gran parte scusate dalle condizioni del loro lavoro; ma quella, di cui si sarebbero resi colpevoli lasciando in un titolo di sette frammenti due passi che sanciscono un'opinione contraria alla loro, non potrebbe mai esser perdonata. Si aggiunga per soprammercato che quasi certamente essi ebbero a metter la mano nel frammento di Paolo. Il Bonfante [1]) vi ha notato, e, per quanto io so vedere, egregiamente, due interpolazioni: « si post impetratam separationem... impetraverunt » « at si ex alia causa... creditores ». E ci si dica poi se è possibile che il contenuto di esso sia sfuggito ai compilatori.

Io avevo scritto nel mio articolo precedente che, essendo Paolo autore di *notae* alle *quaestiones* di Papiniano, non si può pensare che egli non ne conoscesse l'opinione; e che perciò fra i *quidam* citati da Paolo va compreso anche Papiniano. Il Ferrini lo nega, perchè Paolo avrebbe certamente nominato un giurista di tanta autorità; anzi l'illustre romanista crede che dall'espressione di Paolo si possa ricavare un indiretto argomento contro la genuinità del passo di Papiniano.

Ma se la mia deduzione era forse troppo affrettata, mi pare che esageri anche il Ferrini. Perchè si potesse dire compreso tra i *quidam*

[1]) Op. cit. p. 503, n. 1.

anche Papiniano, bisognerebbe esser certi che, quando Paolo scriveva il passo in questione, avesse già composto le *notae*, o senza ciò conoscesse il l. 27 delle *quaestiones* di Papiniano, o per lo meno l'opinione di costui gli fosse altrimenti nota. Comunque peraltro si risolva tale questione, è fondata l'asserzione che Paolo, se l'avesse saputo, avrebbe certamente nominato un giureconsulto di tanta autorità, quale Papiniano? Cuiacio (in lib. XIII, *Quaest. Pauli*, ed. Neapol. V, 1097) crede che con l'espressione « quidam » Paolo alluda a Papiniano « nam constat inter Papinianum et Paulum fuisse quandam emulationem ». Questo a me non consta, ma non consta nemmeno che Paolo, poco più giovane di Papiniano, dovesse averne l'autorità in quel concetto in cui possiamo tenerla noi a tanta distanza di secoli, sicchè gli dovesse parere grave peccato d'omissione il non citarlo, specie quando, come nel caso nostro, l'opinione difesa da Papiniano non era quella che Paolo approvava.

È prudente pertanto limitarsi a prender atto solamente di ciò che è certo, che nell'età classica v'erano alcuni giuristi, i quali ammettevano che i creditori ereditari che non avessero ottenuto il pagamento integrale dalla vendita dei beni del defunto, potessero pel residuo credito rivolgersi contro l'erede, quando fossero stati soddisfatti i creditori orginari di costui E se alcuni la pensavano a questo modo, perchè non avrebbe potuto farlo anche Papiniano?

Conviene quindi studiare attentamente la l. 3, § 2, che secondo le Pandette gli apparterrebbe. Il Ferrini persiste nella sua opinione che questo passo sia fattura dei compilatori: i quali anzi avrebbero interpolato anche il § 1, come l'illustre romanista avverte ora acutamente Nè io esito ad ammettere l'emblema del § 1. Se non che la questione pel § 2 rimane impregiudicata.

Tuttora l'« aliquid ex bonis heredis ferat » non ha l'approvazione del Ferrini: e nondimeno « ex ea hereditate nihil ferre » leggesi nella prima parte genuina di un passo di Valente (l. 69, § 2, D. 36, 1). Parimente contro il « commodius » il chiaro romanista rinnova con grande dottrina i suoi attacchi. Io non ho difficoltà a riconoscere che altre volte il « commodius », come pure frasi analoghe, si incontrano in brani interpolati; ciò che non saprei ammettere si è che esso sia indizio sicuro d'interpolazione. Non basta: riflettendo che noi non sappiamo se la connessione originaria dei §§ 1 e 2 sia stata l'attuale,

segnatamente dopo che il Ferrini ha dimostrato l'emblema del § 1, io potrei anche pensare che il « commodius » sia tribonianeo, e che la frase con cui incomincia il nostro paragrafo « sed in quolibet alio creditore qui separationem impetravit probari commodius est » sia stata, per la necessità di cucire il discorso, in qualche modo raffazzonata dai compilatori. Ciò malgrado, resterebbe sempre da provare che la sostanza del § 2 non sia di Papiniano.

Il Ferrini soggiunge: « Che un diritto si tolga o si conceda perchè è più comodo, non corrisponde all'ufficio di un interprete. Può convenire ai compilatori, che hanno un vero mandato legislativo (salva l'alta sanzione imperiale) di tener conto anche delle comodità ». Io vorrei domandare che cosa facessero i *quidam*, chiunque siano stati. Era la loro opera da interprete o da legislatore? Certo, essi compievano ufficio di interpreti E tale anche era la qualità di Papiniano, allorchè affermava lo stesso principio dei *quidam*. Che poi la sua interpretazione egli enunciasse con un *commodius* o con altra espressione, è abbastanza indifferente.

♱

Nell'altro mio articolo io non ero del tutto sicuro se si dovesse ritenere l'interpolazione dell'ultima parte della l. 1, § 17 cit. « si tamen temere rel. ». Oggi credo di poter dimettere ogni dubbio, e accedo pienamente su questo punto all'opinione del Ferrini. Ma, ammettendo codesto emblema, io guadagno un nuovo prezioso argomento a favore della mia tesi. Anch'esso è stato suggerito a Triboniano dal testo di Paolo, di cui egli accoglieva il principio che i separatisti non hanno alcun diritto sui beni dell'erede. Ma, mentre Paolo non faceva eccezione in nessun caso al suo principio « idemque existimo dicendum, etiamsi circa separationem bonorum decepti minus consecuti sunt quam proprii heredis creditores », Triboniano consente un'eccezione nell'ipotesi che « temere separationem petierunt ». Allora i « creditores defuncti impetrare veniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae causa allegata ». In che consisterà la « venia » qua accordata da Triboniano? La risposta non può esser dubbia. Paolo rifiutava anche ai creditori *decepti* la facoltà di rivolgersi sui beni dell'erede dopo soddisfatti i

suoi creditori personali; più indulgente, Triboniano ha voluto che i creditori vittime d'un errore giustificato questo diritto lo avessero.

Ecco perchè tanto il testo di Papiniano che lo concedeva, quanto quello di Paolo che lo negava, hanno potuto essere conservati nelle Pandette. Triboniano ha infatti contentato un po' tutti: di regola si applicherà il principio propugnato da Paolo, ma in qualche caso, in cui l'equità par che reclami più urgentemente un temperamento, si seguirà l'opinione più equa, o più comoda che dir si voglia, di Papiniano.

Non occorre spender troppo di quel « subtilis animus » che ci raccomandava l'imperatore, per convincerci che questo è il diritto giustinianeo. Quando in uno stesso titolo si hanno tre testi, uno dei quali (Paolo) nega in ogni caso che i separatisti possano rivolgersi contro l'erede, un altro (Papiniano) che lo ammette in tutti i casi, un terzo (Ulpiano) che lo concede soltanto in qualche caso speciale, e quest'ultimo si riconosce unanimemente interpolato precisamente nel brano che concerne la nostra questione, si può seriamente dubitare quale dei tre meriti la preferenza? E non è contradittorio ammettere che una stessa persona (Triboniano) in un passo abbia dato ai separatisti il diritto contro l'erede soltanto nell'ipotesi di un giusto errore, in un altro l'abbia loro attribuito illimitatamente?

Posto fra le due opinioni divergenti, di Ulpiano e di Paolo da un lato, e di Papiniano dall'altro, Triboniano scelse la via di mezzo. Per norma generale accettò la soluzione prevalsa nel classico diritto romano, ma nel caso in cui fosse provata una giusta causa d'errore adottò come un equo temperamento il principio papinianeo.

Vede bene il lettore che io rendo omaggio volentieri all'acume con cui il Ferrini ha sviluppata la sua teorica e alla dottrina con cui l'ha difesa; ma tuttavia oso ancora credere nella bontà dei risultati cui altra volta pervenni. Che se mi fossi ingannato, mi terrò pago se si concederà che la mia non era e non è una fede cieca.

S. Solazzi.